

## Entscheidung zum Aktenzeichen NetzDG0572021

**Zusammenfassung:** Beschwerdegegenstand ist ein auf der Internetplattform [...] veröffentlichter Grafik, die ohne Zugangsbeschränkungen für jedermann abrufbar ist. Nach Ansicht des NetzDG-Prüfausschusses verstößt der beanstandete Inhalt gegen den Tatbestand des Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen gem. § 86a StGB und ist damit rechtswidrig im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

**Hinweis:** Der nachfolgenden Entscheidung des NetzDG-Prüfausschusses kommt keine dem Richterrecht entsprechende rechtsfortbildende Qualität zu, sodass die der Entscheidung zugrundeliegenden Feststellungen im Rahmen anderer Verfahren nicht als bindende Rechtsquelle herangezogen werden können. Gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3b NetzDG entfaltet die Entscheidung eines NetzDG-Prüfausschusses ausschließlich Bindungswirkung gegenüber dem antragenden Anbieter des sozialen Netzwerks. Eine darüberhinausgehende Bindungswirkung, insbesondere zwischen den am Verfahren beteiligten Nutzern, besteht nicht.

Mit Antrag vom 29.10.2021 hat das Unternehmen [...] als Mitglied der Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e.V. (FSM) gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3b Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des vorbezeichneten Inhalts auf die FSM übertragen. Der zuständige Prüfungsausschuss hat im Umlaufverfahren gemäß Ziff. IV Nr. 5 der NetzDG-Verfahrensordnung der FSM i.d.F. vom 29.11.2019 beraten und am 02.11.2021 wie folgt entschieden:

Der vorgelegte Inhalt erfüllt den Tatbestand des § 86a StGB und ist damit

**rechtswidrig**

im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

## **I. Sachverhalt**

Zu prüfender Inhalt ist eine auf der Internetplattform [...] veröffentlichte Grafik. Sie ist am 21. Oktober 2021 als Teil eines Kommentars des Users [...] in einer Öffentlichen Gruppe öffentlich eingestellt worden. Die Grafik zeigt die Partei-Flagge der NSDAP, die ab 1937 auch Nationalflagge des Deutschen Reiches war. In ihrem rotem Hintergrund ist mittig ein weißer Kreis mit schwarzem Hakenkreuz („Hakenkreuzspiegel“) angebracht. In den Armen des Hakenkreuzes der verwendeten Grafik ist jeweils eine dunkelgraue Spritze abgebildet.

Der in bulgarischer Sprache verfasste Kommentar wird vom [...]Übersetzer in deutscher Sprache wie folgt angezeigt:

### **KOVID-FASCHISMUS IN AKTION!**

Bedenke, wer und warum die Leute etwas schlagen, das ganze 4 Prozent im Moment der Injektion extrem heftige Reaktionen aufweist. Das sind 4 Leute auf 100! Jahr 2021, 100 Jahre nach der Entstehung des Faschismus in Deutschland, haben wir heute Covid Faschismus. Sie haben das Virus freigesetzt, sie zwingen Ihnen unerprobte Impfstoffe auf, sie schränken unsere Freiheiten Arbeit, Freizügigkeit und Leben ein. SIE HABEN DIE GEIMPFTEN SCHON IN SKLAVEN VERWANDELT und ihnen Spottfreiheit gegeben. Die

wollen auch unsere Freiheit! Und wie werden die Reaktionen von allen "Impfstoffen" nach Jahren sein?

Der beanstandete Inhalt ist unter folgender URL für jedermann aufrufbar:

[...]

Die Beschwerde enthält die folgende Begründung: "Unerlaubte Naziembleme".

## II. Begründung

Nach § 1 Abs. 3 NetzDG sind rechtswidrige Inhalte solche, die einen der dort abschließend aufgezählten Straftatbestände erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Nach Ansicht des NetzDG-Prüfungsausschusses erfüllt der beanstandete Inhalt den Straftatbestand des § 86a StGB und ist nicht gerechtfertigt. Die Äußerung des Nutzers ist damit rechtswidrig im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde:

1.

Der Inhalt der Grafik erfüllt den Straftatbestand des § 86a StGB, da es sich bei der streitgegenständlichen Grafik um ein Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen im Sinne des § 86a StGB handelt.

Gemäß § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 StGB bezeichneten

Parteien oder Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften (§ 11 Abs. 3) verwendet.

Nach § 86a Abs. 2 StGB sind Kennzeichen im Sinne des § 86a Abs. 1 StGB u.a. auch „Abzeichen“ wie insbesondere auch das schwarze Hakenkreuz auf weißem Kreis vor rotem Hintergrund als „das Symbol der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft“ (vgl. BeckOK StGB/Ellbogen StGB § 86a RN 3 ff. m.w.N.).

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in das Symbol des Hakenkreuzes Spritzen eingefügt wurden. Das Hakenkreuz ist trotz dieser Einfügungen noch deutlich erkennbar und bleibt bestimmendes Element des Bilds. Bei einem flüchtigen Blick fallen die Spritzen aufgrund der kaum unterscheidbaren Farbgebung nicht auf. Bei einem genaueren Hinsehen bestimmt das Hakenkreuz deutlich das Blickfeld.

Nach § 86a Abs. 2 StGB sind auch solche Kennzeichen erfasst, die denen in § 86a Abs. 1 StGB genannten zum Verwechseln ähnlich sehen. Denn nach der Gesetzesbegründung sollen solche Symbole erfasst werden, die nur geringfügig von den durch die verbotene Organisation verwendeten Kennzeichen abweichen, zugleich nach ihrem Eindruck auf den verständigen Beobachter jedoch deutlich an jene Kennzeichen erinnern (BT-Drs. 12/4825, 6).

Der Nutzer hat auch die Tathandlung des Verbreitens bzw. öffentlichen Verwendens erfüllt, indem er die Grafik bei [...] hochlud und somit für jedermann zugänglich machte. Dies geschah – trotz der bulgarischen Sprache – auch im Inland, da die öffentliche Gruppe, die Grafik und der Kommentar auch in Deutschland abrufbar sind.

Verwendet wird ein Kennzeichen, wenn es derart gebraucht wird, dass es optisch wahrnehmbar ist (vgl. KG NJW 1999, 3500). Ein Kennzeichen wird dann „öffentlich“ im Sinne des § 86a StGB verwendet, wenn die Art der Verwendung die Wahrnehmbarkeit für einen größeren, durch persönliche, nähere Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis ermöglicht.

Hierbei ist nicht der Ort entscheidend, an welchem das Kennzeichen verwendet wird, sondern ein nach Anzahl und Individualität unbestimmter und nicht beschränkter Personenkreis, der die Kennzeichen wahrnimmt (OLG Celle NStZ 1994, 440; AG Rudolfstadt NStZ-RR 2013, 143). Über den Verweis auf § 11 Abs. 3 StGB fallen unter den Begriff der Schrift unter anderem auch Abbildungen. Erfasst ist daher die Einstellung eines Kennzeichens in eine Website oder als Upload bei [...] (vgl. BGH NStZ 2015, 81).

Es kommt vorliegend auch keine Einschränkung des Tatbestandes wie etwa durch „kritischen Gebrauch“, den Aspekt der Sozialadäquanz oder durch eine Kollision mit der Meinungsfreiheit in Betracht. Da es sich bei § 86a StGB um ein Gefährdungsdelikt handelt, kommt es nicht darauf an, ob die Verwendung z.B. in für den Nationalsozialismus werbender Absicht erfolgt (OLG München NSTZ 2007, 97). Der Tatbestand ist vielmehr auch dann erfüllt, wenn der Täter mit der Verwendung des Kennzeichens nur Aufmerksamkeit erregen und provozieren will und keine weiteren politischen Absichten verfolgt (OLG Oldenburg NSTZ-RR 2010, 368; vgl. hierzu BeckOK StGB/Ellbogen StGB § 86a RN 21 ff. m.w.N.).

Hintergrund dafür ist der Schutzzweck des § 86a StGB, der neben der Abwehr der durch das Kennzeichen symbolisierten verfassungsfeindlichen Bestrebungen und einer Gewährleistung des politischen Friedens auch verhindern will, dass die Verwendung von verfassungsfeindlichen Kennzeichen sich wieder einbürgert. Ein Ziel der Vorschrift ist insoweit, solche Kennzeichen aus dem Bild des politischen Lebens grundsätzlich zu verbannen (BVerfG, NJW 2006, 3050 [3051]; BGH, NJW 2002, 3186 [3187]). So soll verhindert werden, dass entsprechende Kennzeichen auch erneut von den Verfechtern der politischen Ziele, für die das Kennzeichen steht, gefahrlos gebraucht werden können (vgl. BGHSt 25, 30 [33 f.]; 25, 128 [130 f.]; BGH, NJW 2002, 3186; BGH, NJW 2007, 1602; BGH, NSTZ 2009, 384; vgl. BGH, NJW 2010, 163). Als abstraktes Gefährdungsdelikt wehrt die Vorschrift insoweit Gefahren ab, die allein mit dem äußeren Erscheinungsbild solcher Kennzeichen und unabhängig von der einzelnen Motivation seiner Verwendung verbunden sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein „Verwenden“ im Sinne des § 86a StGB aber ausnahmsweise dann nicht vor, wenn die betreffende Person in offenkundiger und eindeutiger Weise die Gegnerschaft zu der dem Kennzeichen zugehörigen Organisation und die Bekämpfung ihrer Ideologie zum Ausdruck bringt, da diese Form der Verwendung dem Schutzzweck der Norm nicht zuwiderlaufe (BGH NJW 2007, 1602; BGHSt 25, 30 [32 ff.]; 25, 133 [136 f.]; 51, 244 [246 ff.]). Voraussetzung ist, dass das Kennzeichen in einer Weise dargestellt wird, die offenkundig gerade zum Zweck der Kritik an der verbotenen Vereinigung oder der ihr zugrundeliegenden Ideologie eingesetzt (vgl. BGHSt 25, 30 [34]; 51, 244) oder erkennbar parodistisch verwendet wird (BGHSt 25, 133 [136 f.]).

So wird eine Balance zwischen dem Ziel der grundsätzlichen Verbannung verbotener Kennzeichen aus dem Bild des politischen Lebens und den Anforderungen, die das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung an seine Beschränkungen stellt, hergestellt (vgl. BVerfG NJW 2006, 3052; BGH, NSTZ 2009, 384). Erfolgt die Verwendung zwar in kritischer oder satirischer Absicht, ergibt sich die gegnerische Zielrichtung aber nicht bereits aus dem Aussagegehalt der Darstellung selbst, reicht dies für eine Straflosigkeit indessen nicht aus (siehe hierzu BeckOK StGB/Ellbogen StGB § 86a RN 28 ff. m.w.N.). Bei der Bewertung kommt es vielmehr auf einen aus Beobachtersicht auf Anheb zu erkennenden kritischen Aussagegehalt einer Darstellung an; bei mehrdeutigen oder die Kritik nur

undeutlich vermittelnden Verwendungen ist dagegen der Schutzzweck des § 86a StGB verletzt (vgl. BGH, NJW 2007, 1602).

Vorliegend fehlt es an der offenkundigen Distanzierung bzw. erkennbar kritischen oder parodistischen Auseinandersetzung mit dem Kennzeichen durch den Nutzer. Der Nutzer hat sich nicht mit dem Symbol als solchem, den dahinterstehenden Anschauungen oder der damit ggf. zum Ausdruck gebrachten Kritik an der Covid19-Impfkampagne auseinandergesetzt.

Zwar führt der Nutzer in seinem Kommentar aus, dass aus seiner Sicht 100 Jahre nach dem Entstehen des Faschismus in Deutschland nun ein Covid-Faschismus herrsche. Dieser sei von der Freisetzung des Virus, dem Aufzwingen unerprobter Impfstoffe und einer Einschränkung der Freiheitsrechte Arbeit, Freizügigkeit und Leben geprägt.

Aus dem Kommentar wird damit zwar deutlich, dass der Nutzer nicht die nationalsozialistische Gewaltherrschaft verherrlicht. Dies reicht für die vom BGH geforderte offenkundige Distanzierung gleichwohl nicht aus. Denn einerseits sieht ein flüchtiger Leser ggf. nur die Abbildung. Aus dieser selbst geht keine Distanzierung hervor. Und durch die Verfassung des Kommentars in bulgarischer Sprache springt dieser auch nicht direkt ins Auge. Es ist vielmehr eine Übersetzung notwendig, um ihn als durchschnittlicher Nutzer im Inland verstehen zu können.

Aber selbst der Kommentar (der als solcher von der Meinungsfreiheit gedeckt ist) reicht nicht zur notwendigen Distanzierung aus. Denn die Erklärung dokumentiert, dass es nicht um die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus und dessen Symbolen geht, sondern allein um die Kritik an der Impfkampagne und der Bewältigung der Pandemie.

Das Hakenkreuz-Symbol wird vorliegend zum Einsatz gebracht, um eine besonders harsche Kritik an der Impfkampagne zum Ausdruck zu bringen. Eine offenkundige Distanzierung geht daraus gerade nicht hervor, eher ein sorgloser Umgang mit den Symbolen der nationalsozialistischen Herrschaft. Aber eben dieses Verhalten wird von § 86a StGB als strafbares Verhalten erfasst.

Auch eine Einschränkung des Tatbestandes über den Aspekt der Sozialadäquanz scheidet vorliegend aus, da es an hinreichenden Hinweisen für das Vorliegen eines sozialadäquaten Zweckes fehlt.

Nach § 86 Abs. 3 StGB, der über den Verweis in § 86a Abs. 3 StGB Anwendung findet, scheidet eine Strafbarkeit nach § 86a StGB aus, wenn das Kennzeichen oder die Verwendungshandlung der

staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dient.

Ein derartiger sozialadäquater Zweck ist vorliegend nicht erkennbar. Der Nutzer hat in seinem Kommentar keinen konkreten Bezug auf die streitgegenständliche Grafik genommen, obwohl schon die Verwendung des Hakenkreuz-Symbols als solches dies erforderlich gemacht hätte. Das Einfügen von Spritzen in das Hakenkreuz macht die Grafik nicht zur Kunst. Ebenso scheidet eine Parodie, Satire o.ä. offenkundig aus, da kein entsprechender Inhalt erkennbar ist.

Die Verwendung der Grafik fällt damit grundsätzlich in den sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Nutzers.

Ebenso wie die Vorschrift des § 86 StGB steht auch die Regelung des § 86a StGB im Spannungsverhältnis zu bestimmten Grundrechten, u.a. zur Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.

Im Falle des § 86a StGB sind die Grundrechte der Meinungs- und Pressefreiheit nicht schon dann verletzt und die Norm damit insoweit verfassungsgemäß, wenn durch die Tathandlung die geschützten Rechtsgüter ernsthaft gefährdet sind. Bei der – wie hier erfolgten – Verwendung von abgewandelten NS-Symbolen zum Vorbringen von harscher Kritik in einer weder unmittelbar noch mittelbar mit der NS-Gewaltherrschaft zusammenhängenden Sache erscheint die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch § 86a StGB aber verhältnismäßig.

Die Nutzung von NS-Symbolen als Form der Kritik erfordert eine besondere Auseinandersetzung und Distanzierung. Die hier vorliegende Form der Kennzeichenverwendung ist daher nicht geeignet, um einen inhaltlich-kritischen Abstand zu den von dem Kennzeichen symbolisierten verfassungsfeindlichen Bestrebungen herzustellen. Vielmehr können derartige Formen der Verlagerung des Aussagegehalts durch Zufügen weiterer Symbole dazu führen, dass der Eindruck entstände, das Originalkennzeichen oder leichte Verfremdungen könnten gefahrlos wieder gebraucht werden. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit insbesondere hinsichtlich des Gebrauchs von NS-Symbolen ist vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte zulässig, solange nicht zugleich eine eindeutige Distanzierung vom Nationalsozialismus ersichtlich ist (vgl. BeckOK StGB/Ellbogen StGB § 86 RN 2). Auch das BVerfG hat betont, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn die Verwendung von Kennzeichen auch dann strafbar ist, wenn sie in kritischer Absicht erfolgt (BVerfG NJW 2006, 3052).

Da dem Nutzer bekannt war, dass es sich um ein Hakenkreuz handelt und er es einsetzte, um seiner Kritik ein besonderes Gewicht zu verleihen, handelte er auch vorsätzlich. Seine Handlung ist nicht durch Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt.

Der vorgelegte Inhalt erfüllt den Tatbestand gem. § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB und ist damit rechtswidrig im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

## 2.

Weitere Tatbestände im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG sind nicht erfüllt.

Mangels des Vorliegens einer der in § 86 Abs. 1 Nr. 1. bis 4. bezeichneten Propagandamittel kommt ein Verstoß gegen § 86 StGB nicht in Betracht. Das streitgegenständliche Symbol dürfte als solches insbesondere kein Propagandamittel im Sinne des § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB sein, das nach seinem Inhalt dazu bestimmt ist, Bestrebungen einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation fortzusetzen.

Auch der Straftatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 StGB ist nicht erfüllt. In Betracht käme vorliegend allenfalls gemäß § 130 Abs. 3 StGB eine öffentliche Billigung oder Verharmlosung einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

Zum einen dürfte aber das Hakenkreuz-Symbol – insbesondere in der hier gezeigten Fassung mit den eingefügten Spritzen – nicht per se für die vorgenannten „Handlungen“ stehen. Zum anderen fehlt es mangels weiterer begleitender Äußerungen bzw. einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem Symbol als solchem durch den Nutzer an dem Tatbestandsmerkmal einer Billigung oder Verharmlosung.